

## **Erweiterte Projektdarstellung von Sandra Hotz**

### **A.) Hauptfragen**

1. Was wird in Europa und Asien unter Privatautonomie und Sittenwidrigkeit im Vertrag verstanden? Was wird insbesondere in der Schweiz und in Japan unter Privatautonomie und Sittenwidrigkeit im Vertrag verstanden?
2. Wie wird die Sittenwidrigkeit in Bezug auf den Prostitutionsvertrag verstanden? Wie steht diese in Bezug zur Sittenwidrigkeit von anderen moderneren Sex-Diensten? Welches sind die „moralischen“ Unterschiede?
3. Wie sind der japanische und der schweizerische Prostitutionsvertrag im geltenden Privatrecht geregelt? Welche vergangenen und aktuellen Probleme stellen sich je tatsächlich und rechtlich? Wie sieht die Rechtslage punktuell in Europa und Asien aus?
4. Welche allgemeinen Vertragsprinzipien kennen das asiatische und das europäische bzw. das japanische und schweizerische Vertragsrecht? Wo liegen die Grenzen der Privatautonomie? Wie spielen diese Prinzipien im Prostitutionsvertrag im Zusammenhang mit der Sittenwidrigkeit?
6. Was ergibt sich aus dem Rechtsvergleich? Ergeben sich neue normative Maßstäbe aus dem Zusammenspiel der Prinzipien?

### **B.) Untergeordnete Fragen**

Zu Ziff. 1.) Dürfen Begriffe wie „asiatisches“ und „europäisches“ Recht oder Rechtsdenken überhaupt verwendet werden? Welche Rechtsordnungen könnten allenfalls wie unter dem Begriff „asiatisches Recht“ zusammengefasst werden? Wie geht man mit regionalen Gruppierungen um im Zeitalter der Globalisierung?

Zu Ziff. 2): Welche Arten von freiwilliger Prostitution und Sexdienstleistungen lassen sich tatsächlich in Japan und der Schweiz unterscheiden und werden diese in Bezug auf die Sittenwidrigkeit anders behandelt?

### **C.) Arbeitshypothesen**

- 1.) Während in Europa heute eine Tendenz erkennbar ist Prostitutionsverträge und andere Verträge über Sex Dienste nicht mehr als „sittenwidrig“ anzusehen und damit von einem enormen moralischen gesellschaftlichen Wandel ausgegangen werden kann, war ein Prostitutionsvertrag (sog. Gei shôgi keiyaku) nach japanischem Recht bis zum Urteil des obersten Gerichtshofes von 1955 grundsätzlich nicht sittenwidrig und auch heute nachdem ein solcher Vertrag als sittenwidrig beurteilt wird, bleibt die Verbreitung der unterschiedlichen Sex-Dienstleistungen tatsächlich und offenkundig so gross, dass die Hypothese aufgestellt wird, dass die japanische Gesellschaft einen Prostitutionsvertrag (u.ä. Verträge) moralisch nicht verwirft.<sup>1</sup>
- 2.) Gilt ein Prostitutionsvertrag nicht als „sittenwidrig“, so sind Prostituierte gesellschaftlich besser gestellt und faktisch besser geschützt.
- 3.) Vertragsgerechtigkeit liegt generell dann vor, wenn ein Prinzipiengleichgewicht angestrebt wird. Ein solches Gleichgewicht erlaubt vielleicht den Verzicht auf das Institut der Sittenwidrigkeit.

### **D.) Forschungsstand**

Die freiwillige, nicht organisierte Erwachsenenprostitution ist nach schweizerischem<sup>2</sup> und japanischem Strafrecht legal. In beiden Rechtsordnungen sind die Förderung von Prostitution, Kinderprostitution, Menschenhandel und Lärmimmissionen aufgrund von Prostitution un-

---

<sup>1</sup> Ruth Benedict, *The Chrysanthemum and the sword*, 1967 (erstmalig 1947), 130ff., mind. früher nicht.

<sup>2</sup> Art. 195ff. des Schweizerischen Strafgesetzbuches (SR 310); BGE 101 Ia 473ff.

statthaft.<sup>3</sup> – Diese Formen von traditioneller und moderner Zwangsprostitution (insbesondere der Menschenhandel) sind in Europa und in Asien ziemlich gut erforscht. Das soll aber nicht heissen, dass es nicht noch viel zu tun gebe.

Nach geltendem schweizerischem Zivilrecht ist ein Prostitutionsvertrag im Gegensatz zu Deutschland „**sittenwidrig**“ und damit der Vertrag zwischen Prostituierten und Freiern oder Dritten nach Art. 20 Abs. 1 OR nichtig, d.h. von Gesetzes wegen inexistent. Das bedeutet z.B., dass die Prostituierten ohne Vertrag kein Recht haben, ihre Gegenleistung, d.h. ihr Entgelt, einzufordern.

Ein Teil der neueren schweizerischen Lehre verneint die Sittenwidrigkeit jedoch und geht von einem gültigen Vertrag aus.<sup>4</sup> Vorab zu nennen ist Brigitte Hürlimann, die ihre Dissertation 2003 zu diesem Thema geschrieben hat.<sup>5</sup> Die Verf. geht dabei auf die geltende schweizerische Rechtslage ein und macht Vorschläge, nach welchen Regeln der Prostitutionsvertrag geregelt werden könnte (z.B. Auftragsrecht).

Zu erwähnen ist hier weiter das Werk von Katrin Malkmus, *Prostitution in Recht und Gesellschaft* (2005), die einen historischen und rechtshistorischen Überblick zur Prostitution und den Reformprozess, der im deutschen Prostitutionsgesetz von 2002 mündete, gibt. Die Verfasserin geht dabei vertieft auf das deutsche Prostitutionsgesetz<sup>6</sup> ein und stellt auch Fragen nach der faktischen Besserstellung von Prostituierten durch dieses Gesetz (ProstG).

Interessant ist hierbei der Vergleich mit modernen Formen des Sex-Dienstes, wie den „Verträgen über Telefonsex“, die das schweizerische Bundesgericht etwa nicht als sittenwidrig betrachtet.<sup>7</sup>

Trotz der „europäischen“ Selbstverständlichkeit (und Tradition) von allgemeinen Vertragsprinzipien wie Vertragsfreiheit, Vertragstreue („*pacta sunt servanda*“) und Äquivalenzprinzip sind diese heute auf verschiedenen Ebenen ein aktuelles Thema: Zivilrechtlich, rechtsvergleichend<sup>8</sup>, rechtsphilosophisch<sup>9</sup> und methodisch, wenn das Gleichgewicht der Prinzipien untereinander gesucht wird.<sup>10</sup> Mit der Beschränkung auf den Prostitutionsvertrag kann eine Auswahl getroffen werden. Hier interessieren die **Vertragsfreiheit** und ihre Schranken als Aus-

---

<sup>3</sup> In Japan wurde erstmals 1908 – nach dem Aufkommen des westlich-europäischen Einflusses in Japan – die organisierte Prostitution unter Strafe gestellt und erst unter dem amerikanischen Einfluss der Nachkriegszeit entstand das geltende Gesetz zur Prävention der Prostitution von 24.5.1956/No.118 (Baishun boshi hô) besagt, dass nur die Förderung, die Vermittlung, der Zwang zur Prostitution und die Zuhälterei unter Strafe sind, wobei wiederum sehr eng nur der Koitus erfasst ist; bedeutungsvoller und den modernen Formen des Sexgewerbes (Cabarets, Nachtclubs, Bars, Cafés, Kinderprostitution etc.) angepasst, ist das japanische Gesetz über die Regulierung von Geschäften, welche die „*öffentliche Moral*“ (oder die Korrektheit des Gewerbes) betreffen (Fuzôku eigyô tô no kisei oyobi gyômu no tekiseika tô ni kansuru hôritsu) vom 1949/No. 122, Stand 1999/No. 55. Heute auf der Homepage des jap. Justizministeriums pragmatisch als „Law Regulating Adult Entertainment Business“ übersetzt.

<sup>4</sup> *Claire Huguenin*, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2004 Zürich, N 369; dies. noch anders in Basler Kommentar zu OR 19/20 N 38.

<sup>5</sup> „Prostitution – ihre Regelung im schweizerischen Recht und die Frage der Sittenwidrigkeit“, Freiburg in der Schweiz 2003, 219.

<sup>6</sup> Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten vom 20.12.2001, in Kraft seit dem 1.1.2002.

<sup>7</sup> BGE 129 III 605ff., 606.

<sup>8</sup> „*Pacta sunt servanda* trifft auf den freien Markt“, Die Durchsetzung von Versprechen im spanischen und US-amerikanischen Recht, *Shael Herman*, Österreichische Zeitschrift für Rechtsvergleichung 2005/3, 94ff.

<sup>9</sup> *Michael Becker*, Der unfaire Vertrag, Tübingen 2003; *Georg Graf*, Vertrag und Vernunft, Eine Untersuchung zum Modellcharakter des vernünftigen Vertrages, New York 1997; *Jürgen Oechsler*, Gerechtigkeit im Modernen Austauschvertrag, Tübingen 1997.

<sup>10</sup> „Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft“, *Franz Bydlinksi*, Archiv der Civilistischen Praxis (AcP) 204 (2004) 330ff.

fluss des fundamentalen Grundsatzes der Privatautonomie.<sup>11</sup> Inhaltliche Einschränkungen erfährt die Vertragsfreiheit durch die Regelung der „Sittenwidrigkeit“ nach Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 19f. OR. Der Vertragsfreiheit steht auch das **Äquivalenzprinzip** entgegen. Im Prostitutionsvertrag wird es i.S. der „iustitia commutativa“ sein zu beurteilen, ob sich zwei vergleichbare, gleichwertige Leistungen gegenüberstehen, die allenfalls von beiden Parteien durchgesetzt werden können. Zugleich geht es auch um die „iustitia distributiva“, denn der Staat ist erst gerecht, wenn er jedem das Seine – also auch den Prostituierten das ihnen zustehende Engelt – zukommen lässt.<sup>12</sup> Neben aspekt der „iustitia distributiva“ wäre weiter, ob der Prostituiertenlohn wie anderes Einkommen versteuert werden muss. Angenommen, man kommt nach „europäischen“ Wertvorstellungen zum Schluss, dass ein Prostitutionsvertrag nicht sittenwidrig sei, so greift das Prinzip von der **Vertragstreue** („pacta sunt servanda“). Dies könnte zum Problem führen, dass eine Prostituierte auf Realerfüllung belangt wird. Das wäre wiederum „sittenwidrig“.

Nach Art. 1 § 1 des deutschen ProstG begründet daher der Vertrag, den eine erwachsene Prostituierte selbstbestimmt mit einem Klienten oder einem Dritten abschliesst daher eine rechtswirksame Forderung. Dieser Prostitutionsvertrag ist als einseitig verpflichtender Vertrag geregelt. Der Vertrag kann auch Sachverhalte wie Telefonsex, Peep-Shows und Internet-Live-Acts erfassen. – Trotzdem wurde in den deutschen Medien bereits die Frage diskutiert, wer denn garantiere, dass mit der zivilrechtlichen Anerkennung des Prostitutionsvertrags arbeitslose Fragen nicht zur sexuellen Arbeitsleistungen verpflichtet werden könnten.<sup>13</sup>

Aufgrund der **Rezeption des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB)** vor rund 100 Jahren ins japanische Zivilrecht, existieren im japanischen Vertragsrecht sowohl die Generalklausel „Sittenwidrigkeit“ als auch die allgemeinen Vertragsprinzipien der Vertragsfreiheit und Vertragstreue. Ein Prostitutionsvertrag galt nach japanischem Zivilrecht bis 1955 nicht als sittenwidrig und ist es auch heute nicht per se. Prostitution in allen ihren Farben erscheint in Japan gesellschaftlich akzeptierter. In dieser Frage der „Sittenwidrigkeit“ und dem Spiel der Vertragsfreiheit und Vertragstreue im Prostitutionsvertrag lassen sich somit kulturelle Unterschiede ausmachen. Das japanische Zivilrecht kennt diese erwähnten allgemeinen Vertragsprinzipien im Grundsatz auch.<sup>14</sup> Es fragt sich aber, welche wie genau angewendet werden<sup>15</sup> und insbesondere, wann diese angewendet werden. Spielen sie ähnlich im Prostitutionsvertrag oder ergibt sich eine ganze andere Gewichtung der Prinzipien?

Das Projekt soll den unterschiedlichen Umgang in Europa und Japan mit der „Sittenwidrigkeit“ und den „allgemeinen Vertragsprinzipien“ untersuchen. Diese über die klassische Jurisprudenz hinausgehende Materie wurde bisher von der Forschung noch nicht systematisch analysiert. Die Problematik des Prostitutionsvertrages (u.a. Sex-Dienste) steht exemplarisch für einen Kulturvergleich von Vorstellungen über Moral und die sich widerstreitenden fundamentalen Vertragsprinzipien in einem privatrechtlichen Vertrag. Durch das unterschiedliche Zusammenwirken der gleichen Prinzipien (=alter Aneignungsprozess) entstehen neue, unterschiedliche normative Maßstäbe (=neuer Abgrenzungsprozess).

Der Streit um den Vorrang des einen vor dem anderen Vertragsprinzip wird in allen entwickelten Industrie- und Handelsnationen aus persönlichen, sozialen und wirtschaftlichen Grün-

---

<sup>11</sup> Berner Kommentar - *Ernst A. Kramer* Vorbem. zu OR 19-20 N 92ff.; *Eva Maria Belser*, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Diss. Freiburg, Schweiz 2000, 50ff.

<sup>12</sup> *Oechsler*, (Fn 10) 54ff., *Belser*, (Fn 11) 7f.

<sup>13</sup> Emma, Mai/Juni 2005 ([www.emma.de/05\\_3\\_arbeitsamt\\_prostitution.html](http://www.emma.de/05_3_arbeitsamt_prostitution.html), besucht am 16.4.2006).

<sup>14</sup> *Keizô Yamamoto*, Minpô Kôgi I – Sôsoku (Lehrbuch zum Zivilrecht I – Allgemeiner Teil), 2.A. 2005, Tokio, 103f.; ders., Minpô Kôgi IV – Keiyaku (Lehrbuch zum Zivilrecht IV – Verträge), 2005 Tokio, 17ff.

<sup>15</sup> Zur „Vertragstreue“, *Zentaro Kitagawa*, Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan 1975, Frankfurt a.M./Berlin, 164, 171.

den bis zu einem gewissen Grade unvermeidlich sein. Aus europäischer Sicht findet mit dem Projekt eine Annäherung an das japanische Vertragsverständnis, an das japanische Verständnis von Vertragsgerechtigkeit – im Sinne des Zusammenspiels der Vertragsprinzipien – statt. Weiter soll das Projekt das herausragende Potenzial der japanischen Zivilrechtswissenschaft, die sich vor 1000 Jahren mit chinesischem Recht, seit über 100 Jahren intensiv mit europäischen Länderrechten und seit dem 2. Weltkrieg noch mit amerikanischem Recht beschäftigt, sowohl für Europa als auch für Asien unterstreichen.

#### **E) Quellen/Material**

- 1.) Gesetze, juristische Fachliteratur und Judikatur.
- 2.) Eine gewisse minimale Rechtstatsachenforschung im Sinne von Gesprächen mit Betroffenen und Kennern der Szene ist in einer Anfangsphase nötig.

Stand Januar 2007